行政犯罪的归责程序及其证据转化

——兼及行刑衔接的程序设计

田宏杰

(中国人民大学 法学院,北京 100872)

摘　要: 以“行政优先”为原则、“刑事先理”为例外进行行刑衔接的机制构建和程序安排,不仅是对行政犯罪本质的坚守和刑事司法使命的科学定位,而且是对行政机关首次裁决权和司法裁决终极性的尊重,更是对行政权与司法权的国家权力配置及其分权制衡机制的捍卫。因而行政执法证据不仅有必要转化为刑事诉讼证据,而且必须区别不同的证据类型,依法分别采取直接调取转化、重新收集转化、授权委托转化等不同方式进行。

关键词: 行政犯罪;行刑衔接;归责程序;证据转化

中图分类号: D 922.1　　**文献标识码:** A　　**文章编号:** 1000-5919(2014)02-0136-11

行政执法与刑事司法衔接机制的构建,尤其是行刑衔接的程序安排和相应的证据转化,不仅决定着行政犯罪法律责任的实现及其正当性,而且是所有行政犯罪立法制度设计和司法机制运行所共同面临并亟须解决的重大问题。2012 年修订通过的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称 2012 年《刑事诉讼法》)关于行政执法证据在刑事诉讼中的地位及其适用的规定,使得上述问题的解决更为紧迫。基于此,笔者以中国法律体系语境下的刑法本质与立场为切入,通过对刑事法与其前置行政法之间的关系,以及刑事责任与行政责任各自的功能定位的认真梳理,以期使上述问题得以科学合理的解决。

一、归责程序设计:行政优先原则与刑事先理例外的互补

行政责任或者刑事责任的单独实现,法律上分别有以下三种形式:一是制裁型责任形式,如行政制裁中的行政处罚、行政处分,刑事制裁中的刑罚。二是恢复型责任形式,如责令改正行政违法行为、责令采取补救措施等实现行政责任的形式,以及刑法典第 36 条规定的责令具结悔过、赔偿损失等实现刑事责任的非刑罚处理方法。三是免予处理型责任形式,即因行政违法或者犯罪情节较轻,可以免予行政制裁或者刑罚处罚、非刑罚处理方法的,只作行政违法或者有罪宣告,而免予行政制裁或者刑罚处罚的责任形式。行政犯罪的行为人因其行为双重违法性的具备,自应负行政责任与刑事责任双重法律责任,那么,其所负的双重法律责任究应如何实现?尤其是在刑罚与行政处罚竞合时,应当如何适用?

对此,有学者基于“吸收主义”的立场,主张以“重罚吸收轻罚”的吸收主义为原则,以并处主义为例外。①此不仅为我国台湾地区多数学者所支持,而且在台湾地区“行政罚法”第 26 条中明

收稿日期: 2014-01-18

作者简介: 田宏杰,女,重庆人,中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

基金项目: 本文系教育部新世纪人才支持计划项目“刑法的经济学分析”(项目批准号:NCET-09-0830)和教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国刑法现代化的道德使命”(项目批准号:2009JJD820012)的阶段性成果。

① 参见沂安:《涉嫌犯罪的安全生产违法案件在什么情况下不应给予行政处罚》,《安全与健康》2009 年第 1 期(上);曹福来:《论税务行政处罚与刑事处罚的衔接》,《江西社会科学》2006 年第 8 期;崔文俊:《论刑罚与行政处罚竞合时的适用》,《齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版)》2007 年第 5 期。

确规定如下:“一行为同时触犯刑事法律及违反行政法上义务规定者,依刑事法律处罚之。但其行为应处以其他种类行政罚或得没入之物而未经法院宣告没收者,亦得裁处之。(第一项)前项行为如经不起诉处分或为无罪、免诉、不受理、不付审理之裁判确定者,得依违反行政法上义务规定裁处之。”①

另有学者提出,刑罚与行政处罚是两种功能、形式和性质均不相同的制裁措施,二者的竞合应采合并适用的原则。而这也是我国大陆多数学者当下所持的观点。② 但在具体如何合并适用的问题上,学者们的见解又出现了分化。其中,支持的声音愈益响亮的是根据程序适用的进路,予以“区别对待的合并说”,③即在“先刑后罚”的一般情况下,行政机关应当按照类似的责任形式不得再适用、不同的责任形式可予再适用、免予刑罚处罚后可再予行政制裁的规则,对行为人进行行政责任的追究;而在“先罚后刑”的特殊情况下,审判机关则应采取类似的责任形式相折抵、不同的责任形式各自适用的立场,对行为人予以刑事责任的追究。

不难看出,上述观点虽然结论各异,但却均暗含着以下两个理论前提:一是在实体上,刑事为主。刑事责任是行政犯罪所应承担的主要法律责任,所以,或者刑事责任的实现吸收行政责任的追究,或者刑事责任的实现优先于行政责任的承担。二是在程序上,刑事先理,即在行政执法与刑事司法的衔接程序上,适用刑事诉讼程序追究行为人的刑事责任,原则上优先于适用行政程序追究行为人的行政责任。

其实,“审判程序和法二者之间的联系如此密切,就像植物的外形和植物的联系,动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法律应该具有同样的精神。因为审判程序只是法律的生命形式,因而也是法律的内部生命的表现。”④行刑衔接程序的科学设计与合理安排也不例外,既要契合行政犯罪的本质和行政责任与刑事责任的归责原则,更应遵循国家权力配置的基本原理及其价值追求;既要于法有据,更应实践可行。据此,笔者以为,以“行政优先”为原则、“刑事先理”为例外进行行刑衔接的机制构建和程序安排,不仅是对行政犯罪本质和法治价值目标的捍卫与坚守,而且应当成为中国刑事司法程序改革发展的方向。

(一)从国家权力本质及其相互关系来看

人不是天使,相反,在设计任何政府制度时,“每个人都必须被假定成一个恶棍”。⑤ 面对滥用权力的人类天性,如何构筑理性的堤坝进行有效的预防和控制,始终是古今中外的思想家和政治家们面临的治理难题。从这个意义而言,治国就是治权,治权重在配权,配权重在控权。而要控权,不仅必须使权力臣服于法律,而且权力必须是分立的、有限的。为此,洛克将国家权力分为立法权、执行权和对外权,不仅行政权与司法权均属于执行权,即便是对外权,洛克也不得不承认,其与执行权虽有区别,“但是这两种权力几乎总是联合在一起的。”⑥孟德斯鸠则敏锐地发现,倘若司法权同行政权纠合,法官便握有压迫者的力量,故而主张,立法、行政与司法不仅必须分立,而且必须以权力约束权力,⑦通过三权的分立与相互制衡,在充分发挥国家机关各自职能作用的同时,有

① 参见翁岳生编:《行政法》上册,北京:中国法制出版社 2009 年版,第 828—831 页。

② 参见应松年:《当代中国行政法》上册,北京:中国方正出版社 2005 年版,第 867 页;张道许:《行政处罚与刑罚竞合时适用问题研究》,《铁道警官高等专科学校学报》2005 年第 3 期;孙卫:《税收行政罚款与刑事处罚的竞合适用》,《税收征纳》2007 年第 2 期;等等。

③ 参见张道许:《行政处罚与刑罚竞合时适用问题研究》,《铁道警官高等专科学校学报》2005 年第 3 期;刘艳红、周佑勇著:《行政刑法的一般理论》,北京:北京大学出版社 2008 年版,第 160—165 页。

④ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷,北京:人民出版社 1995 年版,第 287 页。

⑤ 哈耶克:《大卫·休谟的法律哲学和政治哲学》,邓正来译,王焱编:《宪政主义与现代国家》,北京:生活·读书·新知三联书店2003 年版,第 370 页。

⑥ 洛克著:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,北京:商务印书馆 1964 年版,第 89—91 页。

⑦ 孟德斯鸠著:《论法的精神》上,张雁深译,北京:商务印书馆 1961 年版,第 154 页。

效钳制国家权力的过度集中和滥用。

之所以如此,关键在于行政权与司法权虽然同属执行权,但两者不仅本质有别,而且职责各异。行政的本质在于管理,以维护正常的行政管理秩序和增进社会公共福利为己任;司法的核心在于裁决,以定纷止争、权利救济和法益保护为使命。由此,不仅决定了行政权与司法权价值追求的不同,而且导致了两者制度安排与运行方式上的差异。行政管理的至高目标是效率和秩序,司法运行的首要追求是公平与正义;行政权的有效运行,要求行政人员必须因应社会经济生活的变迁和行政事务的纷繁复杂积极依法干预,主动制定政策进行管理,而司法运行则要求司法人员必须"不告不理"、消极克制,客观理性地尊重事实适用法律;行政责任的实现立足于行政违法事实的客观认定,刑事责任的追究坚持无罪过即无犯罪,讲求主客观的一致;行政处罚对事,刑事制裁对人;行政责任的实现和行政程序的终结,不以行政违法人的到案为必要,而刑事程序的终结和刑事裁判的作出,必须以被告人的在案为条件。

可见,为了达致行政的目标,行政程序的设计必须主动、积极而快速;为了实现司法的公正,司法程序的运行必须克制、消极而谨慎。而"刑事先理"的传统行刑衔接程序设计,在被刑事追诉的行政违法客观事实清楚,但主观罪过难以查明的情况下,势必导致行政处罚程序的严重延滞和遭受行政违法行为破坏的行政管理秩序不能及时恢复正常;而在行政犯罪嫌疑人或者被告人逃避侦查、起诉、审判或者因其他原因未到案的情况下,行政处罚程序的及时终结和行政管理秩序的正常恢复更是变得遥遥无期……

而风险社会特征在当代的日益凸现,以及社会经济活动领域的不断延伸拓展,行政权的扩张已成社会发展的必然趋势。社会公众在要求行政机关提供更加积极、有效的政府监管和全面、良好的行政服务的同时,又对行政权的扩张抱持天然的恐惧和警惕,对行政权的行使要求进行更为有效的监督。我国虽然没有采用西方国家的"三权分立"政治制度,而是实行人民代表大会下的"一府两院"制,但这并不意味着我国的国家权力不受监督和制约。相反,行政权、审判权和检察权不仅皆出自人大,而且均需对人大负责,并受人大监督。但囿于人大权力机关的宪法属性,人大监督只能是宏观的抽象监督,而不能是微观的具体监督,故而在传统的行政权和审判权外,我国又在人民代表大会下设立了专司法律监督权能的检察权,通过检察监督与审判监督的并行不悖,构成严密完整的司法监督体系,使得人民代表大会制度之下的行政权、审判权与检察权分权制衡、相互配合、相互制约的权力运行机制得以建立并高效运行。①

因而司法权与行政权之间的分权制衡关系,在我国 1989 年《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第 1 条中明确表述为"维护和监督行政机关依法行使行政职权"。一方面表现为行政权对司法权的制约,即司法必须维护行政的有效运行;另一方面则表现为司法权对行政权的制约,即司法必须监督行政权的正当行使,控制行政的恣意和滥用。而监督的有效性在于监督行为对被监督事项的全程审查和终局裁决,监督方式既可同步监督,与被监督事项同时启动,同时终止;又可在被监督事项终结后进行事后全面监督,但却不能也不应当先行终结于被监督事项实施终结以前。但"刑事优先"的传统行刑衔接程序设计,却使得作为监督对象的行政执法行为完成于刑事诉讼程序活动之后,负有监督职能的刑事司法程序先于被监督的行政执法决定作出之前即"先行告退",不仅导致了司法权对行政权行使的监督职能的根本废弃,而且使得司法权对行政权依法正当行使的维护也完全无从谈起。

(二)从行政程序的功能及其法律规定来看

行政讲求效率,但也追求公正。行政程序的设计和运行,既要激励政府能动高效地行政,又要有效钳制行政的恣意与专横,防止行政权的滥用。激励与控权机能的并行不悖,不仅使行政程序成为法治与人治的重要分水岭,而且是有限而有效的行政法治得以实现的决定性力量。

① 参见田宏杰、温长军:《守望法治:检察监督的价值分析与机制变革》,《政法论坛》2012 年第 3 期。

为了实现程序的激励机能,面对纷繁复杂、领域广泛、技术性强的行政事务,现代行政程序通过以下制度安排,对于行政机关的行政事务管理能力和专业水准予以充分的认同和尊重,不仅授予行政机关对于行政事务的首次裁决权,而且赋予行政处理决定以先定力。

首先,在行政处罚的办案期间规定上。2009 年修正的《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称 2009 年《行政处罚法》)第 33 条规定,行政处罚的简易程序从立案、调查、审查,到处罚决定的作出及其生效执行,均当场完成。适用一般程序处理的行政案件,自受理之日直至处理决定作出,治安案件和安全生产处罚案件要求一般不得超过 30 日,工商处罚案件和环保处罚案件不得超过 90 日或者 3 个月;其中,案情重大疑难复杂的,治安案件和工商处罚案件可分别延长 30 日,安全生产处罚案件可最长延长至 180 日。① 而刑事一审程序虽然也有简易程序和普通程序之分,但仅仅简易程序的审理期间,就长达 20 日至一个半月,适用普通程序审理的公诉案件,则要求判决应在法院受理后的 2 个月或者 6 个月乃至更长时间内作出;至于此前的侦查和审查起诉期间,则不存在程序类型的区分,而适用统一的办案期间,仅审查起诉期间就需 1 个月至 6 个半月。对于一审判决,如果被告人上诉或者检察机关提起抗诉,则还需经过短则 2 个月,长则 4 个月乃至更长时间的审理,裁判方能确定。② 由于行政处罚程序并没有设立期间中断或者中止制度,因而行政处罚期间的立法安排,显然没有容纳刑事程序优先运行的空间,相反,却为行政处罚权的积极主动行使和行政处罚程序的先行高效运行提供了充分的制度保障。

其次,在行政犯罪案件的移送程序规定上。2009 年《行政处罚法》第 22 条规定,违法行为构成犯罪的,行政机关必须将案件移送司法机关,依法追究刑事责任。而具体移送的时间,2009 年《行政处罚法》第 38 条明确规定,是在调查终结,行政机关负责人对调查结果进行审查,根据不同情况,分别作出如下决定之时:“(一)确有应受行政处罚的违法行为的,根据情节轻重及具体情况,作出行政处罚决定;(二)违法行为轻微,依法可以不予行政处罚的,不予行政处罚;(三)违法事实不能成立的,不得给予行政处罚;㈣违法行为已构成犯罪的,移送司法机关。对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚,行政机关的负责人应当集体讨论决定。”

不仅如此,2009 年《行政处罚法》第 28 条对于行政拘留期限折抵有期徒刑或者拘役的刑期以及行政罚款折抵罚金的规定,不仅以行政处罚在先为适用前提,而且从 2009 年《行政处罚法》对于刑事制裁在先的行政犯罪案件如何进行行政处罚,通篇不置一词予以任何规定不难看出,赋予行政机关在行政犯罪案件移送程序中的主导地位及对行政违法事实的先行调查处置权,才是 2009 年《行政处罚法》的立法精神所在。而刑事优先的行刑衔接程序却要求,行政机关经调查发现涉嫌构成行政犯罪的行政违法案件,必须先行移送司法机关,经过漫长烦琐的刑事侦查、审查起诉及案件审理并作出生效裁决后,再行回流至行政机关完成原本当即,或者至多几天即可完成的行政处罚程序。如此大费周章的行刑衔接程序,无疑既有违 2009 年《行政处罚法》的上述规定,又难言程序设计的科学合理。

因而 2009 年《行政处罚法》第 22 条要求“违法行为构成犯罪的,行政机关必须将案件移送司法机关,依法追究刑事责任”的立法本意,其实只是为了防止行政犯罪只罚不刑,而不是如多数学者所主张,为了刑事程序的优先适用,更不是要求刑事制裁取代行政处罚,重罚吸收轻罚。相反,2009 年《行政处罚法》的上述规定只是进一步表明,对行政犯罪既须予以行政处罚,又应进行刑事制裁,而刑事制裁方式的选取及其具体适用,则取决于在先适用的行政处罚所需的功能补充与力量救济程度。

① 参见 2005 年《中华人民共和国治安管理处罚法》第 99 条、2008 年《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》第 57 条、2010 年《环境行政处罚办法》第 55 条、2007 年《安全生产违法行为行政处罚办法》第 31 条。

② 参见 2012 年《刑事诉讼法》第 154、156、157、169、171、202、214、232 条。

最后,在行政处罚决定的法律效力规定上。行政事务的多样性、复杂性和急迫性,要求行政机关不仅应具有行政事务的首次裁决权,而且行政裁决一旦作出,即具有先定的法律效力。当事人不仅应当在行政处罚决定的期间内予以执行,而且即便对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼,除法律另有规定的以外,行政处罚决定并不停止执行。① 此即行政裁决的公定力或先定力。

但是,行政裁决的公定力并不意味着其具有终局裁决的法律效力。相反,由于行政机关在行政处罚程序中不仅始终处于主导地位,而且集调查、审理、决定与执行于一身,如果再赋予行政机关终局裁决权,势必导致行政权的过于强大而使行政相对人的权益陷于"人为刀俎,我为鱼肉"的不利境地。所以,为了保障行政程序控权机能的实现,防止和纠正违法或者不当的具体行政行为对行政管理相对人合法权益的侵犯,行政法不仅规定了行政调查、行政听证、行政时效等基本行政制度,而且通过行政处罚程序、行政复议程序、行政诉讼程序等行政程序的设置,在排除行政决定终局性的同时,形成了事前控权、事中控权和事后控权程序相协调,内部程序与外部程序相结合的全方位、立体式程序控权结构,以遏制行政权行使的恣意,保证行政的理性选择。较之司法对行政权控制的事后性、被动性与消极性,行政程序对行政权的控制无疑更为全面、积极、主动,因而成为现代行政控权体系中的先锋队和主要力量。

而刑事优先的行刑衔接程序设计,不仅异化、消解了行政程序的激励机能,而且使得行政程序的控权机能难于践行。这是因为,行政处罚期间的规定,即便可以因刑事程序的优先适用而中断计算,②但也使得行政处罚期间的规定形同空文。而在经过漫长繁琐的刑事程序被判有罪的行政犯罪行为或者宣告无罪的行政行为,再程序回流至行政机关进行行政处罚,如果在处罚决定作出前安排听证,或者在处罚决定作出后仍然允许提起行政复议乃至于行政诉讼,不仅毫无意义,而且是对国家权力资源的巨大浪费。而若对经过刑事程序审理的行政违法案件取消行政复议、行政诉讼,不仅赋予行政裁决以终局性而显失公正,而且于法无据,因为 2009 年《行政处罚法》第 35 条、第 39 条明确规定,不管是适用简易程序当场作出,还是适用一般程序作出的行政处罚决定,当事人对于行政处罚决定不服的,均可依法申请行政复议或者提起行政诉讼。而如果刑事优先的结果,是重罚吸收轻罚,刑事制裁取行政处罚而代之,一方面导致了行政处罚程序的被人为虚置和废黜,使行刑衔接程序变成单一的刑事诉讼程序;另一方面又因行政处罚权与刑事制裁权的合而为一并交由司法机关统一行使,不仅从根本上打破了行政权与司法权的分权制衡格局,进而使司法机关"握有了压迫者的力量",而且从根本上背离了行政职权行使和行政责任追究的不可放弃性。毕竟行政权是国家赋予行政机关的职权,较之于行政管理相对人是权利,但较之于权力的来源和赋予者国家,则是行政机关必须履行的义务。单一的权利固然可以放弃,但权利与义务双重性兼具的职权却是行政机关必须履行的职责。不履行或者不正确履行行政职责,不仅是行政机关及其工作人员的渎职,而且必将导致行政管理秩序的废弛和政府管理职能的瘫痪。

(三)从刑事程序的定位及其运行实践来看

司法权的行使不仅要定纷止争,而且要实现公平正义。因而司法权的行使,不仅宣告了其他纠纷解决机制的终止和纠纷解决最终程序的开始,而且宣示了司法程序的权利救济本质。程序终极性和实体救济性的并行不悖,不仅使得司法成为解决纠纷、实现社会公平正义的最后一道防线,而且赋予司法活动及其裁判具有了行政活动及其决定所不具有的法律权威,从而保证了司法对行政的有效控制和维护。因而司法的终极性不仅成为 1803 年马伯里诉麦迪逊案以后的美国宪

① 参见 2009 年《行政处罚法》第 45 条、2009 年《中华人民共和国行政复议法》第 21 条和《行政诉讼法》第 44 条的规定。

② 此为分析而作的理论假设。实际上前已述及,2009 年《行政处罚法》对于行政处罚案件的办理期间并未规定期间中断制度。

政共识,并由此开启了为英美法系国家普遍仿效的美国司法审查模式,而且业已成为国际社会的普遍共识。1966 年通过的联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 7 款明确规定:“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者,不得就同一罪名再予审判或惩罚。”

所以,对于司法机关作出的生效裁判,不但立法、行政等非司法机关无权重新处理,即便是司法机关,非经法定特殊程序,也不得再行审理。作为司法权中杀伤力最强的刑事司法权的行使和刑事司法程序的运行,则更是必须遵循以下原则:

1. 刑事司法的谦抑性

法律是最低限度的道德,而刑法则是法律体系中最后的屏障,是所有部门法的坚强后盾和最终保障。刑法在法律体系中的存在以及行政犯罪的刑事立法规定,在告知公众严重破坏正常行政秩序的行政违法行为,有启动刑事司法程序被追究刑事责任可能之时,犹如一把悬在行政活动参与各方头上的达摩克利斯之剑,不仅最大限度地发挥了刑法的威慑功能,进而收预防行政犯罪发生的一般预防功效,而且有力地保障了行政法的顺利实施和行政管理活动的正常进行;而对于达到刑事追诉标准的严重行政违法行为之刑事司法程序的启动,并非缘于单纯的刑事因果报应,而是在于对单靠一己之力已难以有效规制行政违法行为的行政法施以援手,通过行政责任和刑事责任的共同实现,协同配合行政法将被行政犯罪破坏的行政管理秩序予以有效恢复,使行政管理活动得以回复到行政犯罪发生前的行政法制轨道内正常运行。

由此决定,刑事司法不仅以裁决为本职,而且以程序的最后性、裁决的终局性和制裁的补充性为行政权的正常行使进行必要的监督和有效的维护。对于达到行政犯罪追诉标准的行政违法行为,如果行政责任的实现足以将被行政违法行为破坏的行政管理秩序恢复到行政犯罪发生前的正常状态,则刑事追诉程序的启动和刑事责任的实现没有必要,对此只需启动行政程序实现行政责任即可;但如果行政责任的实现不能有效恢复被行政犯罪所破坏的行政管理秩序,或者不足以预防行政违法行为的再次发生,进而有破坏行政管理活动正常进行之虞,则必须及时启动刑事司法程序,通过刑事责任和行政责任实现的合力,有效预防行政违法行为的再次发生,以共同维护和保障行政管理活动的正常进行。①《中华人民共和国刑法修正案(七)》对于逃税罪的修订即充分表明了上述旨趣,该修正案第 3 条即修订后刑法典第 201 条第 4 款明确规定,“有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”

2. 刑事司法的谨慎性

司法的终极性要求刑事司法权的行使和刑事司法程序的启动必须克制谨慎。行政犯罪不同于传统的自然犯罪,不仅作案手段狡猾隐蔽难以及时发现甄别,而且涉案领域错综复杂,经济行政专业技术性强,犯罪事实是否存在的查明及其性质如何的判断,一般需要经过一定时间的调查与审查即立案前的初查,方能确定是否达到刑事立案标准,进而作出是否立案的决定。因而立案前的初查,不仅有利于及时核实线索,对于易灭失、易反复的证据及时加以收集、固定、保全,而且可以有效地钳制侦查权的滥用,防止侦查机关随意突破刑事立案的门槛,任意动用强制侦查手段,强行插手干预正常的经济行政纠纷,从而在确保刑事案件依法及时立案的同时,有效地维护和保障涉案当事人的人权和经济行政管理活动的正常进行。

正是基于此,我国不仅在 1996 年《刑事诉讼法》第 86 条和 2012 年《刑事诉讼法》第 110 条中规定了立案前初查的法律性质及其处理方式,而且在最高人民检察院 2012 年 10 月 16 日通过的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称 2012 年《刑事诉讼规则(试行)》)中对上述规定进行了进一步的明确完善。② 由于刑事立案前的

① 参见田宏杰:《侵犯知识产权犯罪的几个疑难问题探究》,《法商研究》2010 年第 2 期。
② 参见 2012 年《刑事诉讼规则(试行)》第 173 条、第 165 条。

初查是一种非讼性质的调查活动,与行政机关的行政执法调查不仅有着调查内容的共通性,而且均有时间上的紧迫性和处理上的效率性要求。因而行政优先的行刑衔接程序安排,在行政处罚程序进行的同时,为刑事立案前初查活动的楔入与展开提供了充分的时空条件,两者并行不悖的同时运行,不仅实现了行政处罚程序终结与刑事司法程序立案的无缝衔接,而且在保障行政管理目标能动高效地达致的同时,坚定地捍卫了司法程序的终极纠纷解决机制和司法裁决的公正权威,最大限度地实现了行政与司法的分立与制衡。

3. 刑事司法的精准性

行政犯罪之刑事违法性的认定不仅以行政违法性的具备为前提,而且刑事责任的追究和刑事制裁的确定,以对行政制裁力量不足之补充和行政管理秩序的有效恢复为必要。① 而行政事务的管理和处置不仅要求较高的专业技术水准和公共政策把握运用能力,而且随着社会经济活动空间的不断拓展,行政监管的领域和范围也日益广泛而庞杂。自 1944 年美国联邦最高法院在霍普案中裁定公用事业的费率管制权属于监管机构,进而确立"最终结果原则"以后,人们"从摇篮到坟墓"的所有事情,无不均在行政权的作用范围之中,以行政功能的积极化、扩大化和复杂化为特征的行政国家时代,在推动行政法从形式法治向实质法治跃迁的同时,进一步加剧了经济行政管理领域中的分工细化和深化。②

正因为如此,行政法规范性文件的数量,不仅高居法律体系部门法榜首,而且种类繁多,差异极大。而囿于亚当·斯密在《国富论》中的大力倡导,即国民财富是专业化和劳动分工的函数,现代社会随处可见这样一幅场景:随着劳动分工的日趋专业以及专业领域划分的愈益精细,专业化的个人在一个越来越窄的领域懂得比常人越来越多的同时,在专业领域之外却往往与常人一样无知。司法人员虽然是经过专门的法律学习、培养和训练的职业化程度极高的法律家群体,但却不仅难以全面了解行政管理的实际情况,而且行政管理经验一般较为匮乏。而在干预行政、服务行政深入人心并日益兴起的今天,司法人员面对行政专业技术问题的认知局限,表现得尤为明显。虽然"似乎一提到法官受制于人所具有的局限性,法官就一定会失去尊严和确信。想把法官提升到一种纯粹理性领域,高于并超越那些令人不安和偏斜的力量之约束,我并不怀疑这种法官的理解是庄严伟大的。……但是,这从来也不过是部分的真实。"③

所以,在专业分工日趋精细明确,要求行政与司法分权制衡、各尽其职的现代社会,行业之间的差异以及较高的行业准入门槛,使得专业问题必须依赖专业人士的专业知识、人生智慧和实务经验才能得以高效合理的解决,要求法官像行政人员和技术官僚那样全面精准地掌握行政管理知识和技能,既不现实也不必要。在这个意义上,"行政优行"的行刑衔接程序的设计和运行,不仅是对行政犯罪本质的科学回归,而且是实现行政效率和司法公正的必然选择。

据此,笔者以为,行政犯罪法律责任的实现,在程序上应以"行政优先"为原则,在实体上应以"并合实现"为必要,即由行政执法机关对行为人依法先予追究行政责任,再由刑事司法机关依照刑事诉讼程序进行刑事责任的追究。对于在先适用的行政责任形式,与在后适用的刑事责任形式的竞合,按照功能相同者予以折抵,功能不同者分别执行的原则处理。④

① 参见田宏杰:《行政犯罪的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,《法学家》2013 年第 3 期。

② "行政国家"作为一种学术研究的概念和理论最早由美国行政学家沃尔多(Dwight Waldo)于 1948 年发表、1984 年再版的《行政国家:美国行政学的政治理论研究》一书中提出,经过马克斯于 1957 年发表的《行政国家:科层体制概论》等研究成果的发表,已经成为一种确认的理论和公共行政的研究领域。行政国家首先是一种国家公共职能现象,其次是一种国家公共权力现象,同时也是一种公共事务管理现象。参见石佑启:《论行政法与公共行政关系的演进》,《中国法学》2003 年第 3 期。

③ 本杰明·卡多佐著:《司法过程的性质》,苏力译,北京:商务印书馆 1998 年版,第 105—106 页。

④ 田宏杰:《行政犯罪的法律属性及其责任—兼及定罪机制的重构》,《法学家》2013 年第 3 期。

当然,囿于行政犯罪的纷繁复杂和特定情境下的社会公共政策要求,“行政优先”只是行政犯罪法律责任追究程序所应秉持的一般原则,既不能予以绝对化,更不能将行政处理视为行政犯罪司法认定的必经前置程序。在行政犯罪的行政违法事实未能为行政执法机关及时发现,而由侦查机关率先予以刑事立案甚至于刑事判决已经确定的特殊情形下,行政犯罪所应担负的行政责任,或者在刑事司法程序进行中、刑事责任确立前实现,或者在刑事责任确立后实现。前者的责任竞合,仍得适用“行政优先”的实体责任处理原则;后者的责任竞合,则采功能补充原则,即适用功能上有别于判决所确立的刑事责任形式的行政处分或者行政处罚方式。而在因行政处罚时效的经过,导致行政处罚权的归于消灭等情形下,行政责任的实现只能采恢复型或者免予处理型责任形式,与刑事责任的实现自不会发生形式上的冲突。

至于“行政优先”的行刑衔接一般程序,笔者以为,可具体构建如下:首先,自行政机关立案调查之日起,行政机关即将相关情况即刑事案件线索告知相应的行政犯罪案件的侦查机关,从而在行政处罚案件适用一般程序进行调查处理的同时,刑事侦查机关同步展开刑事案件立案前的初查工作;其次,行政处罚决定作出当日,行政机关向刑事侦查机关进行涉嫌行政犯罪案件的全案移送,并在法定时限内将行政处罚决定依法交付执行;刑事侦查机关在收到行政机关移送后的 3 个工作日内决定是否予以刑事立案,并将立案处理决定送达移送案件的行政机关,同时向同级检察机关侦查监督部门备案。行政机关对于刑事侦查机关不立案决定不服的,可以申请同级检察机关侦查监督部门进行立案监督。

二、证据规则衔接:行政证据的司法转化

行政证据与刑事证据不仅内在属性相同,都是“证明案件事实的材料”,均需具备客观性、关联性、合法性,而且外在形式也基本相同,从而为行政证据转化为刑事证据提供了坚实的可行性基础。而“前置法定性与刑事法定量相统一”的犯罪认定机制,和“行政优先为原则、刑事先理为例外”的行刑衔接程序安排,不仅决定了行政证据转化为刑事证据的必要,而且要求法律为其提供充分的制度保障和适用依据。正因为如此,2012年《刑事诉讼法》第 52 条第 2 款明确规定:“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”

但是,这并不意味着,行政证据和刑事证据二者可以等量齐观,行政证据可以直接作为刑事证据运用于刑事诉讼程序。相反,囿于正当法律程序尤其是非法证据排除规则的要求,行政证据与刑事证据不仅收集主体不同,而且收集程序和方法亦各有异。行政证据由行政机关及其工作人员依照法定行政程序收集、调取,而刑事证据则必须由人民法院、人民检察院、公安机关及其审判人员、检察人员、侦查人员依照法定刑事诉讼程序收集、调取,行政证据只有经过刑事证据法定收集主体依照法定刑事程序转化,方能具有刑事证据的证据能力,成为刑事证据。否则,行政证据在刑事诉讼中只能作为刑事案件的证据资料或者证据线索使用,既不生刑事证据的法律效力,更不能作为刑事案件的定案依据。

由于实物证据和言词证据等不同类型的证据,不仅表现形式有别,而且收集程序不一,适用不同收集程序取得的证据材料的证据能力和法律效力更是迥然相异。因而行政证据转化为刑事证据,必须区别不同的证据类型,分别采取直接调取转化、重新收集转化等不同方式进行。

(一)行政实物证据:直接调取转化

实物证据是指以实物形态存在和表现形式的证据,又称广义上的物证。这类证据,或者以物体的外部特征、性质、位置等证明案情,或者以其记载的内容对查明案情具有意义。① 行政证据中的书证、物证、视听资料、勘验笔录、现场笔录和刑事证据中的物证、书证,勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录、视听资料和电子数据都属于实物证据。

① 参见樊崇义主编:《证据法学》(第 3 版),北京:法律出版社 2004 年版,第 222 页。

实物证据具有较强的客观性和稳定性,不会因收集主体、收集程序和收集方法的不同而改变性质。因此,行政实物证据无须也不可能由刑事司法机关自行重新收集,而是只需由刑事司法机关依照刑事诉讼法关于刑事实物证据的收集要求,适用下列程序直接调取,即可转化为刑事证据使用:首先,对行政实物证据进行形式上的合法性审查,重点审查行政机关对于实物证据的查扣收集是否符合法定行政程序,法律手续是否齐全完备,证据保全措施是否合法恰当。其次,形式审查通过的,即向行政机关办理调扣法律手续并直接调取。形式审查未予通过的,要求行政机关依法予以补正或者做出合理解释后,再依法调取转化为刑事证据;不能补正或者做出合理解释的,对该行政实物证据予以排除,不予调取转化。

从 2011 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称 2011 年《办理意见》)第 2 条的规定来看,其亦采上述立场。2012 年《刑事诉讼规则(试行)》第 64 条第 1 款对于检察机关的证据收集、审查,则进一步明确要求:"行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,应当以该机关的名义移送,经人民检察院审查符合法定要求的,可以作为证据使用。"

(二)行政言词证据:重新制作转化

言词证据是指以人的语言陈述形式表现证据事实的各种证据。① 行政程序证据中的证人证言、当事人的陈述,和刑事证据中的证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人或者被告人的供述和辩解,均属于言词证据。言词证据不仅以陈述人的言词陈述为表现形式,而且言词证据的言说所反映的事实,与案件客观情况是否相符以及符合的程度,既取决于言说人认识的准确性与全面性,又受制于言说证据的取证者的理解是否准确与全面。"承认言词证据所建构的言说的事实是认识与理解的共同产物具有非常重要的意义。它使我们认识到言说的事实是一种想象性的重构,它与案件客观情况存在差异有它的合理性与必然性,客观上的差异并非必然是主观上虚假言说的结果。更重要的是它还提醒了我们在认识与判断言词证据时,不能仅仅关注言说的事实本身,还必须注意认识的主体—言说人和理解的主体—言词证据的审查判断者。"②

因而言词证据较之实物证据,不仅稳定性和确定性差,证明力较弱,而且同一言说人对于同一事实的陈述,因取证人、取证时空环境的不同而可能有异,甚至大相径庭。正是基于此,2012 年《刑事诉讼法》对于犯罪嫌疑人、被告人的供述、辩解的收集、审查与判断,被害人与证人的询问,不仅规定必须由侦查机关、公诉机关、审判机关进行,而且必须遵循严格的法定程序,包括讯问、询问的时间与地点等,刑事诉讼法也作了明确严格的限定。由此决定,行政言词证据不能直接转化为刑事言词证据,而是只能作为刑事案件的证据线索,由刑事司法机关依照法定取证程序,采取法定取证方式重新制作收集,方能转化为刑事证据。

但是,在行政机关取得行政言词证据之后,当事人或者证人在行刑衔接程序中死亡、失踪、外逃或者出境,刑事司法机关无法重新讯问犯罪嫌疑人、被告人或者询问证人、被害人,但该言词证据对于行政犯罪案件的认定处理又十分重要,是坚持"非司法主体收集的证据都是非法证据",还是实事求是地依法分析审查,区别不同情况确定行政言词证据的法律效力?笔者以为,答案应当是后者。不过,由于此类证据的转化不仅关涉案件事实的认定和法律适用,而且决定着犯罪嫌疑人、被告人在法律上的命运,必须慎之又慎,严格遵循刑事诉讼法的基本原则和刑事诉讼证据规则进行审查判断。除进行程序合法性和实质真实性审查外,还必须审查与之相衔接印证的其他证据,只有在案件事实和主要情节均能相互印证,并能形成统一证据链条的情况下,才能进行行政证据的转化。转化时还必须要求该证据原始收集主体即行政机关,对证据的合法性和真实性做出相应工作说明,且一并附入卷宗,再向行政机关办理法定调

① 参见樊崇义主编:《证据法学》(第 3 版),北京:法律出版社 2004 年版,第 222 页。

② 曾康:《言词证据的分析与判断—以言词证据的结构分析为路径》,《西南政法大学学报》2009 年第 5 期。

取手续,从而将其转化为刑事诉讼中的书证。而这也正是2012年《刑事诉讼规则(试行)》第64条第3款后段所明确规定的处理原则:“确有证据证实涉案人员或者相关人员因路途遥远、死亡、失踪或者丧失作证能力,无法重新收集,但供述、证言或者陈述的来源、收集程序合法,并有其他证据相印证,经人民检察院审查符合法定要求的,可以作为证据使用。”

至于行政相对人或者证人在行政程序中出具的亲笔证词或者自述材料,不仅以书面内容来证明案件有关事实,而且并非行政机关制作,笔者以为,无须刑事司法机关重新制作收集,而应按书证对待,适用行政实物证据转化规则处理。具体而言,由侦查机关对亲笔证词、自述材料进行程序合法性和实质真实性审查,经向犯罪嫌疑人、被害人或者证人本人核实没有异议,确系出自其真实本意,且取得程序合法,不存在刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗以及其他非法方式收集证据的情形,即应视为合法有效,办理法定调取手续后即直接转化为刑事证据。

(三)行政鉴定意见:授权委托转化

鉴定意见是指鉴定人就案件的某些专门性问题,运用其专门知识或技能,进行科学缜密的研究鉴别后作出的书面意见。① 行政犯罪案件专业技术性强,无论行政犯罪事实的认定还是量刑情节的查明,均需大量借助行政执法机关出具的鉴定报告才能确定。但是,司法鉴定意见必须由具有司法鉴定资质的鉴定机构和鉴定人员出具方能有效。实践中,海关、工商、税务、审计等部门往往并不具备司法鉴定资格,出具的鉴定意见,例如,税务鉴定、资产评估鉴定、产品质量鉴定等,却又是行政犯罪侦查、审查起诉、审判中非常需要的专业意见。因而行政鉴定意见的转化,也就成为行政犯罪案件办理和行刑衔接程序适用中亟须解决的紧迫问题。

对此,笔者以为,应以行政鉴定意见的出具主体是否具备司法鉴定资格予以区别对待。对于具备司法鉴定资质的行政机关出具的行政鉴定意见,司法机关应向其出具鉴定委托书,经其重新制作形式严格的鉴定意见,并由鉴定人员在上面签名或者盖章后,才能调取转化为司法鉴定意见。对于不具备司法鉴定资质的行政机关出具的行政鉴定意见,则只能以书证对待,按行政实物证据转化规则调取转化为刑事证据使用,确需取得司法鉴定意见的,则应依照法定程序指派、聘请具有司法鉴定资质的鉴定机构或者鉴定人员重新鉴定。而无论是司法鉴定意见还是作为刑事书证对待的行政鉴定意见,其所鉴定、证明的对象只能是行政犯罪案件办理中的专门性事实,而不能包括法律适用意见,否则,不仅有违证据的功能定位,而且是对司法独立的侵犯。

三、结语:超越刑事法学

每个学科都有自己的创新模式和路径,但科学技术的重大进步和社会管理的重大创新,往往形成于多学科交叉的边缘、跨学科对话的瞬间,“发生在人们被迫改变自己的专业领域之时”②。21世纪的学术创新,必须在深化专业分工的同时,着力拓展知识结构的宽度和研究视野的广度,不仅人文社会科学各学科应“枝枝相覆盖,叶叶相交通”,而且应注重对自然科学重大进步的适时了解和科学转化,唯有如此,方能在跨学科的交流与对话中升华思想、启迪思维、激发创造,进而修得学术的丰盈圆融。对于横跨刑事法与行政法、实体法与程序法等诸多法律领域,关涉国家权力配置尤其是行政权与司法权的关系及其架构运行,且因不同法律体系语境之不同而具强烈的“地方性知识”特征的行政犯罪归责程序的构建和证据转化规则的研究,尤须如此。

---

① 胡锡庆主编:《刑事诉讼法学》,北京:法律出版社2000年版,第207页。

② 郭广生:《创新人才培养的内涵、特征、类型及因素》,《中国高等教育》2011年第5期。

The Imputative Procedure of Administrative Crimes and the Transformation of Its Evidence
——Including the Procedural Design of Administrative-criminal Penalty connection

Tian Hongjie
(*School of Law*, *Renmin University of China*, *Beijing* 100872, *China*)

Abstract: The mechanism construction and procedural arrangement of keeping "Administrative penalty taking priority" as the principle and "criminal penalty taking priority" as an exception within administrative-criminal penalty connection is not only an accurate reflection of the essence of administrative crimes and a scientific definition of the mission of criminal justice, but also the safeguard of the state power assignment as well as the check and balance mechanism between the administrative power and judicial power. Thus, it is necessary to transfer the evidences collected from administrative law enforcement activities to criminal procedural evidences. Additionally, according to different types of evidence, we must use different transforming approaches, such as directly applying the evidences, recollecting the evidences and authorizing specialized organizations or experts to test the evidences, etc..

Key words: Administrative Crime, administrative-criminal penalty connection, imputative procedure, evidence transformation

(责任编辑　刘曙光)